

**Radboud Repository**

Radboud University Nijmegen



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

This full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/15355>

Please be advised that this information was generated on 2014-11-11 and may be subject to change.



# Straatsburg en de Raad van State; een eerste impressie

Prof. mr C.A.J.M. Kortmann

Op 28 september 1995 wees het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Procola tegen het Groot-Hertogdom Luxemburg een arrest dat in bepaalde opzichten vergeleken kan worden met de Benthem-uitspraak.

Het arrest gaat over de vraag of het Comité du contentieux van de Luxemburgse Raad van State – vergelijkbaar met de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak – te beschouwen is als een onpartijdige rechter. De onafhankelijk stond, anders dan in de Benthem-zaak, niet ter discussie. Het Hof is, anders dan de Commissie, met eenparigheid van stemmen van oordeel dat het Comité niet onpartijdig is, nu vier van de vijf leden van het Comité zich eerder, in hun adviserende functie, hadden moeten uitspreken over een groot-hertogelijke verordening (vgl. de AMvB), waarvan de 'légalité' in de casus aan de orde was. Het Hof voegt daaraan toe dat bij een instelling als de Luxemburgse Raad van State op grond van het enkele feit dat bepaalde personen met betrekking tot dezelfde beslissingen achtereenvolgens een adviserende en een rechterlijke functie vervullen, de structurele onpartijdigheid van de instelling in twijfel kan worden getrokken.

Het arrest heeft in Luxemburg beroering gewekt. Daar overweegt men een herziening van de wetgeving die ertoe moet leiden dat hetzij twee gescheiden afdelingen binnen de Conseil d'Etat worden ingesteld, hetzij de rechtsprekende functie aan de Conseil wordt onttrokken. In België doet het vraagstuk zich niet voor, daar de Belgische Raad van State twee geheel gescheiden afdelingen kent. Ook in Frankrijk zal het arrest, voor zover ik kan nagaan, niet veel problemen hoeven op te leveren daar, anders dan in Luxemburg en Nederland, de meeste leden van de Section du contentieux geen deel uitmaken van het belangrijkste adviserende ambt binnen de Conseil, te weten de assemblée générale ordinaire. De situatie in Frankrijk is slechts vergelijkbaar met die in Luxemburg en Nederland, als de assemblée générale plénière advies uitbrengt.

De Nederlandse inrichting van de Raad van State komt grotendeels overeen met de Luxemburgse.<sup>1</sup> In beide landen brengt de Raad van State plenair advies uit over wetsvoorstellen en ontwerp-AMvB. Alle leden zijn dus daarbij betrokken.<sup>2</sup> Een aantal van diezelfde leden vervult in een concreet geschil een rechtsprekende functie.

Betekent dit nu dat de Nederlandse Raad van State intern opgedeeld moet worden in gescheiden afdelingen, zodanig dat de leden niet met zowel de adviestaak als de rechterlijke taak zijn belast? Of

moet nu maar snel de conclusie worden getrokken dat de administratieve rechtspraak aan de Raad wordt onttrokken, wat de voorstanders van 'rechterlijke integratie' nu zéker zullen beweren?

Ik vermoed dat de 'preciezen', degenen die de Straatsburgse jurisprudentie als het nec plus ultra van een rechtsorde zien, dit standpunt zullen innemen, zoals zij 'na Benthem' het kroonberoep wilden elimineren, hetgeen is gelukt. Ik daarentegen zou menen dat de Nederlandse wetgever de zaak voorlopig maar eens moet aanzien, en wel op grond van de navolgende overwegingen.

De casus is een bijzondere. Procola stelde een vernietigingsberoep bij de Conseil d'Etat in tegen enige ministeriële beschikkingen van 21 september 1987. De beschikkingen berustten op een verordening van 7 juli 1987. Een wet van 27 augustus 1987 deed deze verordening terugwerken en schreef met zoveel woorden voor dat de ministeriële uitvoeringsbesluiten genomen moesten worden op basis van de verordening. Deze besluiten werkten dus ook terug. Gezien deze omstandigheid, is het arrest van het Hof minder ingrijpend dan men op het eerste gezicht zou vermoeden. Immers, de beschikkingen waren volkomen gebonden beschikkingen op het punt van de terugwerkende kracht. De casus was nog extra bijzonder, nu de Conseil d'Etat zelf het wetsontwerp had opgesteld. Gezien deze constellatie, stelt het arrest dat 'le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions (curs. v. mij) les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution'. Een dergelijke situatie doet zich in het algemeen niet voor. In de meeste gevallen is een regeling op meer dan een wijze toepasbaar en houdt de rechterlijke beoordeling van een uitvoeringsbesluit niet tevens, als het ware 'automatisch', een beoordeling van het zelfde aspect van de regeling in. In het Luxemburgse geval waren de wet, de verordening en de beschikkingen als het ware één besluit op het punt van de terugwerkende kracht.

Doch er is meer op te merken. Uit het arrest blijkt dat de groot-hertogelijke ontwerp-verordening gewijzigd is na het advies van de Conseil d'Etat. In het vernietigingsberoep bij de Conseil was dus een deels andere tekst aan de orde dan die waarover de Conseil adviseerde. Is het dan wel juist om, zoals het Hof doet, te spreken van de 'mêmes décisions'? Gesteld dat bovenstaande niet iedereen overtuigt, moet de wetgever dan ingrijpen? Zie ik het wel, dan biedt de Wet op de Raad van State mogelijkheden om het Luxemburgse vraagstuk op te lossen. Men kan immers een Kamer in een concrete casus zo



samenstellen, dat zij louter bestaat uit staatsraden in buitengewone dienst. Deze maken geen deel uit van de afdelingen en zijn aldus niet belast met advisering. Zelfs kan men in zo'n concreet geval een staatsraad in gewone dienst doen optreden, indien deze niet aan de advisering over een litigieuze regeling had deelgenomen.

Men kan zich zelfs afvragen of men er niet verstandig aan doet geheel geen maatregelen te nemen en gewoon af te wachten of zich ooit een vergelijkbare casus inzake Nederland voordoet. Die zal dan hieruit moeten bestaan dat in een procedure voor de Afdeling bestuursrechtspraak de onverbindendheid van een AMvB aan de orde komt. Nu de adviezen van de Raad in Nederland openbaar zijn, is na te gaan welk standpunt de Raad terzake innam.

Achtere hij de ontwerp-AMvB uitdrukkelijk rechtmatig, dan zou een kwestie à la de onderhavige kunnen rijzen.<sup>3</sup> Doch zelfs dan, zou mijn standpunt zijn dat een advies, dat wil zeggen een opinie, van andere aard is dan een oordeel in een vernietigingsberoep. Een advies stelt vragen, doet suggesties over een ontwerp-regeling, waarmee de besluitnemer kan doen wat hij wil. Als rechter moet men zelf beslissen.

Tot slot: wat heeft de casus eigenlijk met 'partijdigheid' van doen? Kiest de of een Raad van State, al adviserend of rechtsprekend, voor of tegen de overheid of onderdaan? Heeft hij daar enig 'eigen' belang bij? Naar mijn oordeel is dit niet het geval. De Raad gaat objectief na of een (ontwerp)besluit rechtmatig is, zonder voorkeur voor de belangen van de overheid of de burger, laat staan voor enig eigen belang. Bovendien, kan men in verband met onpartijdigheid wel spreken van onpartijdigheid van een instelling? Onpartijdigheid betreft personen (vergelijk wraking van rechters). Deze dienen geen persoonlijk belang bij een casus te hebben. Welk persoonlijk belang nu hadden de leden van het Comité du Contentieux bij de onderhavige zaak? Het Straatsburgse Hof legt de term onpartijdigheid uit op een wijze die mijns inziens daarmee niets van doen heeft. Het stelt dat Procola de gerechtvaardigde vrees kan hebben dat de leden van het Comité du contentieux zich gebonden zouden voelen door het eerder uitgebrachte advies. Wat heeft dat met onpartijdigheid te maken, tenzij het advies zelf partijdig tot stand is gekomen? Wij nemen toch ook niet aan dat precedentenrechtspraak onverenigbaar is met artikel 6 EVRM? Ook en juist daar is een rechterlijk college gebonden of acht het zich gebonden aan eerder gevelde oordelen. Het is een 'onnavolgbaar' arrest.

1. Anders dan in Nederland zijn niet alle leden van de Luxemburgse Conseil d'Etat tevens belast met rechtspraak. Dit doet echter niet af aan het vraagstuk, daar alle rechtsprekende leden wel tevens de adviesfunctie uitoefenen.

2. Althans juridisch. De facto hoeft dit niet zo te zijn.

3. Het is ook mogelijk bij een wet, indien gesteld wordt dat deze in strijd is met supra- of internationaal recht.

## Het Internationaal Gerechtshof en Oost Timor

In het Rechtspraakatern elders in dit nummer (zie p. 503) wordt melding gemaakt van de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de kwestie Oost Timor. Australië heeft op jurisdictionele gronden gewonnen primair op grond van de doctrine van 'onontbeerlijk ontbrekende derde partij', verwoord door het hof in de *Monetary Gold Removed From Rome* uitspraak uit 1953. Hierin werd gesteld dat als de kwestie van de (on)rechtmatigheid van de handelingen van een derde staat het hoofdonderwerp ('the very subject matter' in het origineel) vormt in een geschil tussen twee staten voor het Internationaal Hof, het hof geen rechtsmacht heeft om een uitspraak te doen in het

# O&M

bodemgeschil zonder de toestemming van die derde staat. Deze doctrine is uiteraard gebaseerd op de soevereiniteit van de staat in het volkenrecht en het daarmee samenhangende principe dat alle derde partij geschillenbeslechtsprocedures in het volkenrecht afhankelijk zijn van de instemming van de partijen.

De vraag is naar mijn mening niet of deze doctrine nog steeds geldig is in de situaties waar het relevant is. Dit is zonder enige twijfel het geval. De vraag is mijns inziens of in de omstandigheden van het geschil tussen Australië en Portugal, de Indonesische invasie en annexatie van Oost Timor in 1975-1976 het hoofdonderwerp (very subject matter) vormt van de zaak, waardoor het *onmogelijk* wordt voor het hof om enige uitspraak te doen in het bodemgeschil tussen Portugal en Australië. Ik meen dat dit niet het geval is en dat er mogelijkheden waren voor het hof om op althans sommige van de inhoudelijke aspecten van de zaak in te gaan zonder daarbij de derde partij regel van *Monetary Gold* te overtreden.

Dit betekent niet dat de toepassing van de derde partij regel van *Monetary Gold* door het hof onmogelijk is. In deze zaak vormde de afwezigheid van Indonesië ontegenzeggelijk een barrière voor het hof om op vele belangrijke aspecten van de kwestie Oost Timor in te gaan. Deze